

平成13年(ネ)第3260号

一審原告 朴 ■一ほか79名

一審被告 国


準備書面 (3)

平成14年11月21日


大阪高等裁判所第3民事部 御中

一審被告指定代理人

小 尾

仁 


藤 谷 俊

之 

千 葉 俊

之 

中 野 渡

守 

福 田 篤

史 


近 野


浩 

下 野 恭 裕 

天 野 智 子 

坂 井 盛 男 


樋 上 浩 


松 田 誠 

今 村 武 

齋 藤 恭 一 

岩 井 一 郎 

神 村 茂 充 

豊 田 真 由 子 

第1 安全運送義務違反に関する一審原告らの主張（一審原告ら準備書面(3)）

について	1
1 はじめに	1
2 本件運送行為に関し、「私法上の旅客運送契約類似の法律関係」が成立するとの一審原告らの主張について	2
(1) 海軍の命令として実施されたことを否定する一審原告らの主張について	2
ア 一審原告らの主張の要旨	2
イ 一審被告の反論	3
(ア) 浮島丸出航時には戦争が既に終了していたとの一審原告らの主張（ア①）について	3
(イ) 浮島丸出航に関する軍令が存在しない旨の一審原告らの主張（ア②）について	6
(ウ) 徴用を解除された軍属や民間徴用工には軍の命令権は及ばないとの一審原告らの主張（ア③）について	7
(2) 船舶法35条ただし書に関する一審原告らの主張について	9
ア 一審原告らの主張	9
イ 一審被告の反論	9
(3) 東京地裁昭和25年判決に関する一審原告らの主張について	10
ア 一審原告らの主張	10
イ 一審被告の反論	11
3 原判決の安全配慮義務違反の主張に対する判断に誤りがないとの一審原告らの主張について	12
(1) 一審原告らの主張	12
(2) 原判決が弁論主義に反することについて	12
(3) 鳥海艦長に安全配慮義務違反がないこと	14

第2 国家無答責に関する一審原告らの主張（一審原告ら準備書面(5)）につ	
いて	14
1 一審原告らの主張について	14
2 国家無答責の法理の存在について	15
(1) はじめに	15
(2) 行政裁判法16条について	16
(3) 裁判所構成法について	17
(4) ボアソナード民法草案から国家責任規定を削除したことについて	19
(5) 判例について	20
3 本件運送行為が非権力的作用であるとの一審原告らの主張について	23
(1) 一審原告らの主張	23
(2) 一審被告の反論	23
第3 消滅時効に関する一審原告らの主張（一審原告ら準備書面(6)）につ	
いて	29
1 時効の起算点について	29
(1) 一審原告らの主張	29
ア 民法166条1項の解釈について	29
イ 本件の損害賠償請求権の消滅時効の起算点について	30
(2) 一審被告の反論	30
ア 民法166条1項の解釈について	30
イ 本件の損害賠償請求権の消滅時効の起算点について	33
2 時効援用権の濫用について	34
第4 立法不作為に関する一審原告らの主張（一審原告ら準備書面(7)）につ	
いて	34
1 一審原告らの主張	34
2 一審被告の反論	35

第5 結語

一審被告は、本書面において、一審原告らの平成14年6月19日付け準備書面(3) (以下「一審原告ら準備書面(3)」という。), 同年9月11日付け準備書面 (以下「一審原告ら準備書面(5)」という。), 同月26日付け準備書面 (以下「一審原告ら準備書面(6)」という。) 及び同年10月11日付け準備書面 (以下「一審原告ら準備書面(7)」という。) における一審原告らの主張に対して、必要と認める範囲で反論する。

略語例は、本書面で特に断る他は、従前の例による。

第1 安全運送義務違反に関する一審原告らの主張 (一審原告ら準備書面(3)) について

1 はじめに

(1) 原判決は、一審原告らと一審被告との間に、「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」(以下「本件法律関係」という。)があり、当該法律関係に基づく本来的な義務として、一審原告らを安全に運送する義務があったと認定して、その債務不履行に基づく損害賠償請求権の成立を認めた。

これに対し、一審被告は、平成13年10月23日付け準備書面(1) (以下「一審被告準備書面(1)」という。)において、①一審原告らと一審被告との間に私法上の旅客運送契約に類似した法律関係が成立しないこと (同準備書面26ないし32ページ)、②原判決は一審原告らの主張に対し、いわゆる安全配慮義務違反について判断すべきであったこと (同準備書面33ないし39ページ) 及び③浮島丸艦長らに安全配慮義務違反がないこと (同準備書面39ないし45ページ) を指摘し、原判決の判断が失当であることを明らかにしたところである。

(2) 一審被告の上記主張に対し、一審原告らは、一審原告ら準備書面(3)において、原判決の判断が正当であるとして主張するが、以下に述べるように、この一審原告らの主張も失当である。

2 本件運送行為に関し、「私法上の旅客運送契約類似の法律関係」が成立するとの一審原告らの主張について

(1) 海軍の命令として実施されたことを否定する一審原告らの主張について

ア 一審原告らの主張の要旨

一審被告は、本件運送行為は、戦争状態が継続している中で、海軍の軍事組織がまだ健在な時期において、海軍の命令に基づいて行われたものであるから、私法上の契約関係が成立する余地はなく、旧海軍による行政上の措置としてなされたものである旨主張した（一審被告準備書面(1)9ないし27ページ）。

これに対し、一審原告らは、

- ① 日本国は、昭和20年8月14日に直ちに全日本国軍隊が無条件降伏をすることを内容とするポツダム宣言を受諾する旨表明し、翌15日に終戦の詔書が発布されたのであり、これをもって戦争は終了し、全日本国軍隊が連合国の管理下に入り、軍令権及び軍政権はともに連合国に全て委譲したことになるから、日本軍が組織として従来どおり維持されてはいない（一審原告ら準備書面(3)2ページ）。
- ② 浮島丸をどのような作戦行動に使うかの軍令面の命令が一切存在しない（同準備書面3ページ）。
- ③ まして一審原告らは、浮島丸乗船の際に徴用が解除された軍属及び民間徴用工であるから、そもそも軍の命令は及ばない（同準備書面3ページ）。

などとし、本件運送行為が海軍の命令として実施されたと認定することは不可能であり、原判決が認定するように「私法上の旅客運送契約に類似した法律関係」に基づく本来的義務として一審原告らを安全に運送する義務があったと認定するのが適切であり（同準備書面3ページ）、一審原告らが主張する私法上の旅客運送契約類似の法律関係とは、私法上の契約関係

を意味する（同8ページ）などと主張する。

イ 一審被告の反論

(ア) 浮島丸出航時には戦争が既に終了していたとの一審原告らの主張(ア

①) について

a 一審原告らは、昭和20年8月14日に、日本国政府がポツダム宣言を受諾する旨を表明したことによって、戦争は終了したから、もはや軍隊としての作戦行動はあり得ず、その後の一審原告らの浮島丸への乗船は、一審被告との間に、私法上の旅客運送契約類似の契約が成立することによってなされたものであるかのように主張する。

しかし、本件で問題とすべきは、いつ法的に戦争が終了したか、あるいはいつ日本軍の軍令権及び軍政権が連合国に委譲されたかという点にあるのではなく、原判決が判示するような、一審原告らと一審被告との間に、私法上の旅客運送契約類似の法律関係（契約関係）の成立を認め、それに基づいて本来的義務である安全運送義務を認めることができるような事実関係があったか否かである。

b この点、一審被告準備書面(1)17ないし26ページで詳述したとおり、浮島丸が出航した時期は、ポツダム宣言受諾から1週間後であるが、当時、ソ連軍は、我が国のポツダム宣言受諾とは関係なく、北海道の北部を占領する計画の下、南樺太及び千島列島に侵攻して、日本軍との激戦を繰り広げ、大湊警備府が警備を管轄する海域では、我が国の引揚船に対しても、ソ連軍の攻撃がされるなど、状況は戦争状態そのものというべきものであった。

浮島丸による元軍属・徴用工の朝鮮人の輸送は、このような状況の下で大湊警備府司令長官が浮島丸艦長に対してした海軍の命令に基づくものであるから、行政上の措置として計画され、実行されたものであって、一審原告らとの間で私法上の旅客運送契約のような契約が成

立する余地はないのである。

一審原告らは、昭和20年8月14日に戦争は終了したと主張するが、天皇が同月16日に海軍軍令部総長豊田副武を通じて、奉勅命令として発した大海令第48号（乙第17号証）によると、各司令官に対して、停戦交渉成立に至る間敵の来攻に当たって、やむを得ざる自衛のための戦闘行動を許す旨の命令が発せられており、実際にも千島列島において、旧日本軍はソ連軍と激戦を繰り広げているのであるから、一審原告らが主張するようなポツダム宣言受諾の表明によって、当然に戦争が終了していたわけではないのである。

- c また、そもそも法的に戦争が終了した時点に関しても、ポツダム宣言そのものは日本国に降伏を求める政治的文書であり、それを受諾する意思を表明したからといって、戦闘行為を終了させる「降伏」という国際的合意が成立したわけではなく、法的に戦争を終了させるものではない。

すなわち、条約等の国際的合意は国家にとって重要な問題であり、そのために、慎重な手続をとるのが普通であって、そこから全権委任状の提示や署名など国際慣行上ほぼ共通した手続が形成されている（田畑茂二郎・国際法新講上338ページ以下、乙第14号証14ページ）ことに照らすと、日本国政府が、昭和20年8月14日に、仲介役であったスイスを通じて、連合国に降伏の意思を表明したとしても、それは単に降伏の交渉を申し入れたにすぎず、日本軍と連合軍との戦闘行為は、同年9月2日の降伏文書の調印をもって正式に終息したのである（乙第14号証12ないし16ページ）。

また、ポツダム宣言の各条項が法的に日本国を拘束するのは、同宣言の受諾とその各条項を誠実に履行することを約した降伏文書の調印の効果である。

すなわち、降伏文書第1項は、「下名ハ茲ニ合衆國、中華民國及「グレート、ブリテン」國ノ政府ノ首班ガ千九百四十五年七月二十六日「ポツダム」ニ於テ發シ後ニ「ソヴィエト」社會主義共和國聯邦ガ參加シタル宣言ノ條項ヲ日本國天皇、日本國政府及日本帝國大本營ノ命ニ依リ且之ニ代リ受諾ス」とし、その第6項は、「下名ハ茲ニ「ポツダム」宣言ノ條項ヲ誠實ニ履行スルコト・・・ヲ・約ス」としていることから明らかなように、日本国に対するポツダム宣言の各条項の拘束力が降伏文書の調印によって発生したものであって、単にポツダム宣言を受諾する意思を表明したからといって、その意思の表明により、ポツダム宣言自体が直接日本国を拘束するのではない（色摩力夫・日本人はなぜ終戦の日付をまちがえたのか24ないし31ページ・乙第46号証参照）。

したがって、昭和20年9月2日の降伏文書調印までの間は、戦争が法的にも終了するわけではない。

- d また、降伏文書第2項は、「下名ハ茲ニ日本帝國大本營並ニ何レノ位置ニ在ルヲ問ハズ一切ノ日本國軍隊及日本國ノ支配下ニ在ル一切ノ軍隊ノ聯合國ニ對スル無條件降伏ヲ布告ス」とし、第4項では、「下名ハ茲ニ日本帝國大本營ガ何レノ位置ニ在ルヲ問ハズ一切ノ日本國軍隊及日本國ノ支配下ニ在ル一切ノ軍隊ノ指揮官ニ對シ自身及其ノ支配下ニ在ル一切ノ軍隊ガ無條件ニ降伏スベキ旨ノ命令ヲ直ニ發スルコトヲ命ズ」とし、さらに第8項は、「天皇及日本國政府ノ國家統治ノ權限ハ本降伏條項ヲ實施スル為適當ト認ムル措置ヲ執ル聯合國最高司令官ノ制限ノ下ニ置カルルモノトス」としていることから明らかなように、昭和20年8月14日のポツダム宣言受諾の表明によって、全日本國軍隊が連合国の管理下に入り、軍令権及び軍政権をとともに連合国に全て委譲したのではないことが明らかである。

(イ) 浮島丸出航に関する軍令が存在しない旨の一審原告らの主張(ア②)について

- a 一審原告らは、昭和20年8月19日に、軍政機関である海軍運輸本部が大湊警備府参謀長宛の「浮島丸使用差支ナシ」との電報(甲A第61号証88ページ)があったにすぎず、浮島丸をどのように作戦行動に使うかの軍令面の命令は一切存在しないし、却って8月19日の時点では、大海令第49号により、作戦任務を解く旨の命令がなされていたのであるから、浮島丸を作戦行動として運航させたものではない旨主張する(一審原告ら準備書面(3)3ページ)。
- b しかし、一審原告らは、大海令第49号(乙第20号証)の内容について重大な事実誤認を犯している。

すなわち、大海令第49号は、天皇が、昭和20年8月17日付けで、海軍軍令部総長豊田副武を通じて、各艦隊司令長官に、奉勅命令として発したものであるが、その内容は、「別ニ定ムル時機以後指揮下海陸軍全部隊ヲシテ一切ノ戦闘行為ヲ停止セシムベシ」と命令したものであるところ、同命令には、戦闘行為を停止する「時機」が定められていない。同命令のいう戦闘行為を停止する「時機」については、同月19日付けの大海令第50号により、昭和20年8月22日午前零時と定められたのである(乙第21号証)。

したがって、海軍運輸本部が大湊警備府参謀長宛の電報を発した昭和20年8月19日の時点では、未だ各司令官に対して、その任務を解くとの命令が発せられているわけではないのであって、一審原告らの主張は失当である。

- c また、一審原告らは、浮島丸運航について軍令が存在しない旨主張するが、かかる主張は実態に即応しない主張である。

すなわち、警備府の任務は、所管警備区の防御と警備を主たるもの

とするものであり（乙第12号証）、海軍大臣に直属する軍政機関たる海軍運輸本部が、軍令機関である大湊警備府参謀長宛に「電返」として浮島丸の使用許可を発していること（甲A第61号証88ページ）からすると、その前提として、大湊警備府の軍令機関が、治安維持のための作戦行動をなす決定をなし、その上で大湊警備府参謀長が海軍運輸本部に対して、浮島丸の使用許可を求め、その結果、海軍運輸本部が大湊警備府参謀長宛に浮島丸使用許可を与えたものとするのが合理的かつ自然である。

一審被告準備書面(1)21ないし24ページで詳述したように、大湊警備府が朝鮮人を浮島丸に乗船させて出航するに至った経緯は、「終戦直後大湊地区に在った旧海軍軍属朝鮮人工員多数は連合軍の進駐を極度に恐れたためか帰郷の熱望を訴えて不穏の兆を示した。当時日本海軍としては既に解員手続を完了した元工員に対して之を帰郷せしめねばならぬという義務は無かったけれども事態の平穏な解決を欲したので特に特設運送艦浮島丸（四，七三〇GT）に彼等を便乗せしめこれを朝鮮に輸送する如く準備し」（甲A第60号証）てなされたものである。南樺太及び千島列島に対するソ連軍の侵攻があり、また我が国の引揚船に対するソ連軍の攻撃のため、多くの民間人が犠牲となり、日本本土である北海道への軍事的脅威が迫っている状況の下において、その最前線に位置する大湊警備府の管内で、朝鮮人暴動の可能性を押さえるという治安維持の目的で、大湊警備府の軍令機関が決定した軍令に基づく作戦行動としてなされたものであることは明らかである。

したがって、浮島丸をどのように作戦行動に使うかの軍令面の命令は一切存在しないとの一審原告らの主張は失当である。

(ウ) 徴用を解除された軍属や民間徴用工には軍の命令権は及ばないとの

一審原告らの主張（ア③）について

- a 一審原告らは、徴用を解除された軍属及び民間徴用工は軍の指揮監督下になく、軍の命令権は及ばないから、軍の命令によって一審原告らが浮島丸に乗船したわけではなく、一審被告との間に私法上の旅客運送契約類似の法律関係を認めるかのごとく主張する（一審原告ら準備書面(3)3ページ）。
- b 確かに、軍令は、統帥権の命令であり、「平時に於いては、軍隊の権力は唯軍隊の内部に行はれ得るに止まり、軍隊以外の一般の人民に及び得るものではないが、戦時又は国家事變に際しては、軍隊が軍事行動の必要の限度に於いて一般人民を支配する権力を得る」（美濃部達吉・逐條憲法精義全417ページ）ものである。

すなわち、明治憲法31条は、「本章（引用者注・第2章臣民権利義務）ニ掲ケル条規ハ戦時又ハ国家事變ノ場合ニ於テ天皇大権ノ施行ヲ妨クルコトナシ」と規定しているが、これは、「軍事行動の必要に基き軍隊の権力を以て人民に命令し強制し得べきことを認め」（同書416, 417ページ）たものである。

一審原告らは、徴用を解除された軍属や民間徴用工は、軍の指揮監督下になく、軍の命令権も及ばないとして、浮島丸への乗船を私法上の旅客運送契約類似の契約が成立した旨主張するものようであるが、かかる主張は、戦時における軍隊の作戦行動の効力を一般国民に及ぼし、さらに一般国民を拘束するためには、軍隊と国民との間で、契約を締結する必要があると主張するようなものであり、明治憲法31条の理解がないものといわざるを得ない。

戦時における軍令に基づく行為は、その本質上国家に特有な権力的作用であって、対等私人間を規律する私法関係とは異なるものであることは明らかである。

したがって、一審原告らの主張は失当である。

(2) 船舶法 35 条ただし書に関する一審原告らの主張について

ア 一審原告らの主張

一審原告らは、船舶法 35 条ただし書によって、官公庁の所有に属する船舶について商法の規定の準用が除外されているとしても、一般私法上の契約関係に関する規定（民法等）が適用され得るのは当然であり、船舶法 35 条ただし書の規定は、一審原告らと一審被告との間に私法上の旅客運送契約類似の契約が成立することの妨げにならない旨主張する（一審原告ら準備書面(3)5 ページ）。

イ 一審被告の反論

(7) しかし、一審被告準備書面(1)28, 29 ページで詳述したとおり、船舶法（明治 32 年法律第 46 号，昭和 22 年法律第 24 号による改正前のもの）35 条本文は、「商法第五編ノ規定ハ商行為ヲ爲ス目的ヲ以テセサルモ航海ノ用ニ供スル船舶ニ之ヲ準用ス」と規定し、商船，非商船を問わず，海上運送契約は商法の規定によって律せられることになっていたが，同条ただし書は，更に「但官廳又ハ公署ノ所有ニ屬スル船舶ニ付テハ此限ニ在ラス」と規定した。このように，船舶による運送に関する我が国の法律においては，商行為か否かを問わず，広く海商法の規定によってこれを規律することを原則としているが，これはあくまでも私法の領域においてであって，当該運送が公用の目的を達するためにされる場合には，私法規定の適用（私法上の契約の締結）が予定されておらず，公用船舶による公用の運送行為は，公法上の行為として，私法関係から明らかにしゅん別されている。そして，公用船舶において航海中に事故が生じた場合などには，国賠法ないし不法行為の規定の適用の有無が問題とされる余地があるにすぎないと解されている（田中誠二・海商法（再訂版）（昭和 28 年）96, 97 ページ）。

このように、公用船舶による公用の運送行為については、私法上の契約が成立する余地はないのであって、一審原告らの主張は失当である。

(イ) なお、一審原告らは、一審被告が、「公用船舶において航海中に事故が生じた場合には、国賠法ないし不法行為の規定の適用の有無が問題とされる余地があるにすぎないと解されている（田中・前掲海商法96及び97ページ）。」（一審被告準備書面(1)29ページ）と主張したことについて、「一審被告は、・・・私法関係である不法行為法を適用されることを自認しているのであって、その主張は自己矛盾を来している」（一審原告ら準備書面(3)5ページ）と論難する。しかし、本件で問題となっているのは、公用船舶による公用の運送行為について、私法上の契約が成立する余地があるか否かであって、不法行為が成立する余地があるか否かではない。一審原告らの主張は、一審被告の主張を正解しないものといわざるを得ない。

(3) 東京地裁昭和25年判決に関する一審原告らの主張について

ア 一審原告らの主張

一審原告らは、一審被告が、本件運送行為は海軍の命令に基づく行政上の措置としてなされたものであり、私法上の契約関係が成立すると見る余地がないとの主張の根拠として、東京地方裁判所昭和25年5月11日判決（下民集1巻5号716ページ、以下「東京地裁昭和25年判決」という。乙第47号証）を引用した点について、同判決は「事実として国が当該荷物の占有を取得したという一事によって、私法上の契約関係が認められることにはならないと判示しているのであり、それは至極当然のことである。言い換えれば、契約に基づかず何らかの理由でたまたま荷物の占有を取得したからと言って国が契約上の責任を負うことはないということを言っているに過ぎない。」「本件では乗船者らは勝手に乗船した訳ではなく、事実関係を詳細に検討すれば私法上の運送契約に類似した法律関係が

成立したものと言わざるを得ないのであるから、その点でも東京地裁の判例の事案とは全く異にする」から、東京地裁昭和25年判決を「援用して本件について私法上の契約関係が認められないとする一審被告の主張は明らかに失当である」と主張する（一審原告ら準備書面(3)5, 6ページ）。

イ 一審被告の反論

しかし、一審原告らの主張は、東京地裁昭和25年判決の内容を理解していない。

同判決の該当部分を指摘すると、「そこで更に、今井が原告の右荷物を引取り、送還荷物として埠頭の所定の位置に置いたという前記認定の事実から、国の運輸機関が今井から右荷物の占有を移転されたということが考えられるから、かゝる事実によつて、国と原告との間にいかなる法律関係が生ずるかを判断する。国は敗戦によって、外地在住の邦人を内地に帰還させる責任を、連合国及び全国民に対して負つたことは、公知の事実である。従つて、国の運輸機関が行う引揚者及びその荷物の輸送は国の行政上の処置であつて、国と引揚者個人との間の私法上の契約に基づくものではないと解すべきである。このことは釜山における鉄道職員の荷物送還についても同様であり、たゞ国が一般引揚者の荷物よりも優先的に送還するというだけのことである。前記手荷物合符を荷物送還を求めた職員に交付したのも人と荷物とが別々に送還される関係で、便宜上既製の合符を使用したにすぎないのであつて、私法上の契約の成立を認めた趣旨と解することはできない。右のように解すれば、国が今井から、原告の荷物を送還荷物として引渡を受けたという事実によつても、原告と国との間に、右荷物について私法上の契約ができたということとはできないのである。」と判示する。

この判示部分を読めば、同判決は、国が今井から、原告の荷物を送還荷物として引渡を受けたという事実によつて、原告と国との間に、その荷物について私法上の契約が成立したか否かという問題について、敗戦によつ

て外地在住の邦人を内地に帰還させる責任を連合国及び全国民に負ったことより、国の運輸機関は引揚者及び荷物の運送を行うこととなったが、それは行政上の処置であって、国と引揚者個人との間の私法上の契約に基づくものではないと判示しているのである。

一審原告らの主張は、失当である。

3 原判決の安全配慮義務違反の主張に対する判断に誤りがないとの一審原告らの主張について

(1) 一審原告らの主張

一審原告らは、一審被告が、原判決が付随的義務である安全配慮義務違反について判断すべきであったのに、本来的義務たる安全運送義務違反を認定したのは、弁論主義違反である旨主張した（一審被告準備書面(1)33, 34ページ）のに対し、「一審原告らが主張していた上記旅客運送契約類似の法律関係とは、当然のことながら、私法上の契約関係を意味しており、一審原告らが一審被告の上記法律関係に基づく契約責任（債務不履行責任）を主張していたことは原審事実摘示及び弁論の全趣旨から明らかである。従って、原判決の事実整理は何ら弁論主義を逸脱するものではなく、この点に関する一審被告の主張は失当である。」（一審原告ら準備書面(3)7, 8ページ）と主張し、その上で、鳥海浮島丸艦長には、過失がある旨主張する（同準備書面9ないし12ページ）。

しかし、以下に述べるように、一審原告らの主張はいずれも失当である。

(2) 原判決が弁論主義に反することについて

ア 一審原告らは、原審において、私法上の旅客運送契約類似の契約に基づく本来的義務たる安全運送義務違反を主張していた旨主張する（一審原告ら準備書面(3)7, 8ページ）。

イ しかし、一審原告ら準備書面(2)5ページ以下において、一審原告らは、消滅時効の起算点の問題として、「安全配慮義務不履行による損害賠償請

求が主張されこれが認められたことが公刊されたのは1973年になってからである（福岡地裁小倉支部1972年11月24日判決についての判例時報1973年4月21日号，東京地裁1972年11月30日判決についての判例時報1973年6月11日号）。また安全配慮義務の存在及び安全配慮義務不履行に基づく損害賠償請求権の存在が最高裁で広く知れ渡ったのは，国家公務員の公務災害に関する1975年2月25日の最高裁判決である。このように，安全配慮義務不履行による損害賠償請求権は権利として確立するのが遅かった」と主張している。

この主張は，明らかに，最高裁昭和50年2月25日第三小法廷判決（民集29巻2号143ページ，以下「最高裁昭和50年判決」という。）が判示する「ある法律関係に基づいて特別の社会的接触の関係に入った当事者間において，当該法律関係の付随的義務として当事者の一方ないし双方が相手方に対して信義則上負う義務」たる安全配慮義務を想定した主張といわざるを得ない。

ところが，その後提出された一審原告ら準備書面(3)で主張する安全運送義務なる義務は，最高裁昭和50年判決が判示する信義則上負担する付随的義務ではなく，本来的義務というのであるから，その義務の発生根拠もその内容も異なる。もし，安全運送義務が契約上の本来的義務であるならば，契約における合意内容の認定の問題であって，あえて最高裁昭和50年判決を引用する必要はないはずである。

このように一審原告ら準備書面(2)と一審原告ら準備書面(3)は，その主張に明らかに矛盾があり，むしろ，控訴審においてさえ一審原告ら準備書面(3)の主張に先だつて一審原告ら準備書面(2)の主張をしていることは，後者が原審における一審原告らの主張であった証左ともいい得るのである。

したがって，原判決の判断は，明らかに一審被告にとって不意打ちであり，弁論主義に違反する判断であったといわざるを得ず，一審原告らの主

張は失当である。

(3) 鳥海艦長に安全配慮義務違反がないこと

ア 一番原告らは、本件事故当時の状況下において、鳥海浮島丸艦長に注意義務違反が存する旨主張する（一番原告ら準備書面(3)9ないし12ページ）。

イ しかし、この点については、一番被告準備書面(1)39ないし45ページにおいて詳述したとおり、鳥海艦長に安全配慮義務違反がないことは明らかである。

一番原告らの主張は、結局のところ、本件当時の我が国が置かれていた状況、大湊警備府管内の状況等についての正確な理解がなく、あたかも平時における運送行為を想定して主張しているにすぎず、失当である。

第2 国家無答責に関する一番原告らの主張（一番原告ら準備書面(5)）について

1 一番原告らの主張について

(1) 一番原告らは、当審において、一番被告の債務不履行責任が否定された場合における予備的主張として、本件には国家無答責の法理が適用されない旨主張する（一番原告ら準備書面(5)2ページ）。

国家無答責の法理とは、国家の権力的作用に基づく行為による損害については、民法の不法行為規定（709条以下）の適用がなく、他に賠償責任を認める法律がないことを理由とする実体法上の法理である。したがって、一番原告らが同法理を本件に適用されないと主張していることから、一番原告らは、本件について、民法の不法行為規定の適用を認めるべきである旨主張するかのようである。

(2) そして、一番原告らが、本件につき、国家無答責の法理が適用されない根拠として、要旨以下のとおり主張する。

① 明治憲法下においても、国、公共団体について司法裁判所で損害賠償を

請求することを否定した実定法規は存在しない。また、明治憲法下の判例も、国、公共団体に対する賠償を否定するものと認容するもののが存在し、判例上国家無答責の法理が確立していたとは到底いえない。したがって、明治憲法下において、国家無答責の法理が採用されていたと評価することはできない（一審原告ら準備書面(5)3ないし5ページ）。

② 仮に、明治憲法下で国家無答責の法理が採用されていたとしても、浮島丸による本件運送行為は、非権力的作用であるから、国家無答責の法理は適用されない（同準備書面5ないし7ページ）。

(3) しかし、一審原告らの主張は、以下に述べるように失当である。

2 国家無答責の法理の存在について

(1) はじめに

一審原告らは、実定法規及び判例を根拠に、明治憲法下において、国家無答責の法理が採用されていたとは評価できない旨主張する。

しかし、以下に詳述するように、①明治23年に公布された行政裁判法16条において、「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」との規定が置かれ、②司法裁判所の管轄権を定めた裁判所構成法制定の際に、国家責任に関する訴訟を司法裁判所が受理するという明文規定が草案から削除され、さらに③ボアソナード民法草案393条の国家責任規定が旧民法373条において削除された結果、実体法においても、国家賠償責任を認める規定は存在しなかった。これらの法律の審議過程で、国又は公共団体の権力作用に基づく損害については、国又は公共団体には賠償責任を負わせないという基本的法政策を採った上で、上記法律が制定されたのである。すなわち、行政裁判法と旧民法が公布された明治23年の時点で、公権力行使についての国家無答責の法理を採用するという基本的法政策が確立したものである（塩野宏・行政法Ⅱ〈第二版〉222ないし223ページ、宇賀克也・国家責任法の分析409ないし411ページ）。

(2) 行政裁判法16条について

ア 明治憲法は、行政裁判制度に関し、「行政官廳ノ違法處分ニ由リ權利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ屬スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス」と規定し（61条）、行政裁判を司法裁判より分離し、行政訴訟を審理するために別に行政裁判所を設けること及びその構成は法律をもって定むべきものの原則を掲げた。

ところで、行政裁判法16条は「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」と規定しているが、この行政裁判法案を作成するに当たり、先決的に解決すべき問題として、いかなる問題が検討され、かつ解決されたかについては、伊藤博文が編纂した「官制關係資料」所収の「行政裁判所設置ノ問題」と題する資料（乙第48号証）にそれを見ることができる（「行政裁判所五十年史」・乙第49号証26ないし29ページ、和田英夫・行政裁判（法体制確立期）日本近代法発達史3巻111ページ）。

それによると、「行政裁判所ヲ設クルニハ左ノ類項ノ問題ヲ決定スルヲ要ス。」として、行政裁判所を設置する際に検討すべき問題点を列挙しているが、第3項の「要償ノ訴ハ一般ニ民事裁判ニ譲ルベキカ、又ハ或ル部分ニ限り行政裁判ニ於テ處分スベキヤ。」という問題点について、次のような結論を示している。

すなわち、「君主ハ不善ヲ為スコト能ハズ。故ニ政府ノ主權ニ依レル處置ハ要償ノ責ニ任ゼントハ一般ニ憲法學ノ是認スル所ナレバ、人民ハ一個人トシテ官吏ノ故造處置ヲ訴ヘ、民事裁判所ニ要償スルヲ除ク外、行政廳ヲ相手取り要償ノ訴ヲ為スノ權アルコトナシ。但シ法律ニ依リ政府ハ賠償ノ責ニ任ズベキコトヲ明言シタル條件（徴發令ノ如シ）ニ於テハ、行政裁判所ハ要償ノ訴ヲ受理スルコトヲ得ベシ。又行政裁判所ニ於テ取消ス所ノ行政處分ニ依リ、直接ニ生ズベキ損害ノ賠償ハ行政廳ニ於テ之ヲ處分スベ

キモノトス。(但シ収用令ニ賠償ノ訴ヲ司法裁判所ノ権限ニ屬シタルガ如キ明文アル者ハ此ノ限ニ在ラズ)」としている(乙第48号証367, 370ページ)。

これによれば、行政裁判法の制定過程において、政府の主権に基づく処置すなわち公権力の行使に該当する措置によって生じた損害については、憲法学上当時一般に是認されていた国家無答責の法理により、個人は、原則として行政裁判所に対して損害要償の訴えを提起できないとしたのである。

イ また、行政裁判法案の原案を作成したモッセは、国の不法行為責任を否定し、司法裁判所のみならず、行政裁判所においても、国家責任を問い得ないとしていた。

すなわち、モッセは、「国ノ民法上損害賠償義務ニ関スル意見」と題する答議において、国が民事上の活動を行う場合には、国は民法に従って責任を負い、民事裁判所に損害賠償請求訴訟を提起することができるとする(郵便、電信、鉄道等に関し、特別の責任規定があれば、それは民法に優先して適用される)が、官吏が国権を執行するに際し、義務違反の処置もしくは怠慢により第三者に加えた損害に対し財産上責任を負わないと述べている。したがって、モッセは、公権力主体としての国家と私経済主体としての国家を区別し、前者については無答責、後者については私人と同様の責任を負うという解釈を採っていたのである(宇賀克也・国家責任法の分析409, 419, 420ページ)。

ウ 以上のように、行政裁判法16条は、国家無答責の法理を当然の前提として、行政裁判所の損害賠償請求事件に係る事物管轄の範囲を定めたものといえる。

(3) 裁判所構成法について

ア また、国家無答責の法理は、明治23年に制定された裁判所構成法の制

定の際にも貫徹されている。

すなわち、裁判所構成法は、明治20年5月にルドルフが中心となって草案を起草し、法律取調委員会で検討修正して、明治23年に法律とされたものであるが、その法律取調委員会案（帝国司法裁判所構成法草案）の33条で、「地方裁判所ハ民事訴訟ニ於テ左ノ事項ニ付裁判権ヲ有ス」として、「第一 第一審トシテ (イ) 金額若クハ価額ニ拘ラス政府（中央政府ト其配下ノ官庁トヲ問ハス）ヨリ為シ又ハ之ニ対シテ為ス総テノ請求 (ロ) 金額若クハ価額ニ拘ハラス官吏ニ対シテ為ス総テノ請求但其請求公務ヨリ起リタル時ニ限ル (ハ) 其他区裁判所若クハ特別裁判所ニ専属スルモノヲ除キ総テノ請求」とされていた（下山瑛二・人権と行政救済法68ページ）。

ところが、井上毅が意見書を提出し、上記のうち、国家責任に関する訴訟を受理する明文の規定が草案から削除されることとなった（田上稔治編・体系憲法事典365ページ以下）。

この井上毅の意見書（裁判構成法案意見・井上毅傳史料篇第一614ページ・乙第50号証）には、次のような意見が示されている。

すなわち、「第一 國ニ對スル訴訟ノ事 プラクストン氏王權篇云ハク王ニ對スル訴訟ハ民事ト雖モ之レヲナスコト能ハス蓋シ何ノ法院モ國王ヲ裁判スルノ法權ナケレハナリト故ニ英國ニ於テ君主及ヒ政府ニ對スルノ訴訟ハ唯ハ請願ニ由リテ恩惠ノ許可ヲ得タル後始メテ裁判ヲ受クルコトヲ得

普國千八百三十一年十二月四日ノ閣令云ハク君主ノ資格ニ於テ臣民トノ間ニ裁決ヲ要スル權利ノ争ヲ生スルノ理ナク又之レヲ裁決スルノ權限アル裁判所ハ全國ニ一モ存スルコトナシト 政府ニ對スル訴訟ハ獨逸ニ於テ國權ト區別シタル財産上ノ訴ヲ許シタルノミニシテ單純ニ國ニ對スル訴訟トシテ之ヲ許シタル「ノ」國アルコトナシ今本案ニ國ニ對スル訴訟ヲ以テ裁判所ノ權内ニ販シタルハ其ノ當ヲ得ザルノミナラズ専ラ居留外國人ノ日本政府ニ對スル訴訟ノ爲ニ地ヲ爲ス者ナリ」、「第三 官吏ノ公務ニ対シテ

要償スルコトヲ得ス何トナレハ其ノ公務ハ國權ノ一部ニシテ國權ハ民法上ノ責任ナキ者ナレハナリ官吏ニ對スル要償ハ其ノ官吏ノ私事トシテ訴フル者ニ限ルヘシ第三二條（ハ）ノ場合ハ國法ノ大則ニ背ク事」（引用者注・上記第三二條とは、帝国司法裁判所構成法草案33条に相当する。）とした。

これによれば、井上は、国家無答責の法理を根拠に、国家賠償請求訴訟を司法裁判所に提起できないとしたのであり、この井上の意見が客観的に通った形で裁判所構成法が制定されたのである（下山・前掲書68ないし69ページ、同旨東京高裁平成14年3月28日判決・乙第53号証）。

イ 以上述べたように、行政裁判法及び裁判所構成法は、国家無答責の法理を根拠として、行政裁判所及び司法裁判所は、いずれも国家賠償請求訴訟を受理しないものとした。このように、明治憲法の起草者の法意識としては、国に対する賠償請求は、基本的には、行政裁判所のみならず、司法裁判所においても否定する考えであったのであり、その基本的な法構造は、権力的作用に関する限り、以後、日本国憲法に至る約半世紀余の間継続したものといえる（下山・前掲書69ページ）。

(4) ボアソナード民法草案から国家責任規定を削除したことについて。

ア 旧民法の草案であったボアソナードの民法草案393条は、「主人及ヒ棟梁、工業、運送若クハ其他ノ事業ノ起作人、公私ノ事務所ハ其僱婢、職工、屬員若クハ主管ニ依リ之ニ委託シタル職掌ノ報行（ママ）中若クハ其際ニ引起サレタル損害ノ責ニ任ス可シ」と定め、国は私人と同様、民法に基づき使用者責任を負うと規定されていた。しかし、旧民法373条においては、「主人、親方又ハ工事、運送等ノ營業人若クハ總テノ委託者ハ其雇人、使用人、職工又ハ受任者カ受任ノ職務ヲ行フ爲メ又ハ之ヲ行フニ際シテ加ヘタル損害ニ付キ其責ニ任ス」と定められ、ボアソナード草案393条の国家責任規定は削除された。すなわち、旧民法の審議過程では最終

的に、国家責任に民法原則を適用する主張は退けられ、旧民法373条から国家責任の規定は削除されたのである（近藤昭三「ボアソナードと行政上の不法行為責任」法政研究第42巻第2=3合併号341ないし353ページ）。

イ 井上毅は、その理由につき、旧民法公布の翌年に発表した「民法初稿第三百七十三條ニ對スル意見」（国家学会雑誌4巻51号969ないし975ページ、乙第51号証）と題する論文において、冒頭で、「行政權ハ國家生存ノ原力ヲ施行スルモノナリ故ニ其原力ヲ實行スルニ當リ假令一私人ノ權利ヲ毀損シ利益ヲ侵害スルコトアルモ權利裁判若クハ訴願ニ依リ之ヲ更正スルニ止リ國家ハ其損害賠償ノ責ニ任スルモノニ非ス」と述べ、国の権力的作用については国は損害賠償責任を負わない旨明確に述べた上で、国家責任を認めていたボアソナード草案の規定を削除した理由につき、井上は、「職權アル官吏カ行政權ノ原力ヲ執行センカ爲メ施行シタル事件ニシテ人民ノ權利ヲ毀損シ若クハ利益ヲ侵害シタルトキ私權上ノ所爲ト等シク民法上ノ原則ヲ適用シテ政府其ノ損害賠償ノ責ニ任スヘシトセハ社會ノ活動ニ從ヒ公共ノ安寧ヲ保持シ人民ノ幸福ヲ増進センカ爲メ便宜經理ヲ爲サハル可カラサル行政機關ハ爲ニ其ノ運轉ヲ障礙セラレ危險ナル効果ヲ呈出スルニ至ラン」とし、それ故に「現行民法ニハ此ノ條ナシ」と指摘している。

ウ 以上のとおり、旧民法制定過程において、ボアソナード草案393条に規定されていた国家責任規定が旧民法373条において削除されたのは、国家無答責の法理を前提にしたものといえる。

(5) 判例について

ア 一審原告らは、明治憲法下では、国、公共団体に対する賠償を否定する判例と認容する判例とが存在していたと主張する（一審原告ら準備書面(3)4, 5ページ）。

イ 原告らが挙げる多数の大審院判決のうち、国の損害賠償責任を認めた判例は、国の非権力的作用に関する事例である。

すなわち、公務員の不法行為は、大きく分類すれば、(ア)権力的作用についてなされた場合と、(イ)非権力的作用についてなされた場合とに分かれる。

ここに「権力的作用」とは、国の統治権に基づく優越的な意思の発動としての強制的・命令的作用を指し、「非権力的作用」とはそのような優越的な意思の発動としての強制的・命令的な作用以外の公行政作用及び私人と同様の立場においてなされる経済的作用を指す。

この「非権力的作用」には、①非権力的・非強制的な公行政的作用（たとえば、国・公立学校における教育活動の作用や生活保護などのいわゆる給付行政の分野における作用など）、②公の营造物の設置・管理の作用、③工事の施行（国の道路建設など）や事業の経営（鉄道・バス・水道・電気・ガスなどの事業の経営）の作用、④純然たる私経済的作用（たとえば官庁事務用品の購入・官庁建物の賃借など）などが含まれる。

このうち判例は、(ア)権力的作用の場合については、一貫して、法律に特別の規定がない限り民法の不法行為法の適用がない（民法は対等な私人間の法律関係に関する法であり、国と私人との権力的関係には本来適用されるものではない）ものとして、国の賠償責任を否定していた。また、(イ)非権力的作用についても、前掲④の場合は別として、古くは①②③の作用をも一律に権力的作用であると考え、国の賠償責任を否定していたが、大正5年6月1日のいわゆる徳島市立小学校遊動円木事件の大審院判決（民録22輯1088ページ）が公立学校の施設の瑕疵による損害について、小学校の管理は行政の発動であるが、その管理権に包含する小学校校舎の施設に対する占有権は公法上の権力関係に属するものではない旨判示して、民法717条の適用を認めて以来、民法717条、715条を適用し

て国の賠償責任を肯定する方向をたどったとされる（佐藤功・ポケット注釈全書憲法（上）〔新版〕274, 275ページ）。

このように、大審院の判例には、非権力的作用に基づく損害についての私法の不法行為法の適用範囲を拡大し、国の責任を肯定するものがみられたが、権力的作用に基づく損害については、一貫して国の損害賠償責任を否定していた。

ウ そして、明治憲法下において国家無答責の法理が妥当し、国賠法附則6項にいう「従前の例」が国家無答責の法理を意味することは、最高裁判所昭和25年4月11日第三小法廷判決（裁判集民事3号225ページ。以下「最高裁昭和25年判決」という。）で明らかとされている。

同判決は、国家賠償法施行前に生じた警察官の防空法に基づく家屋破壊の不法を理由に提起した国家賠償請求事件において、上告理由書記載の「従前の判例学説が本件の如き場合に上告人に請求権なしとするものが多かった事は事実であるが、少数なるも請求権ありとする学説もあった。通説必ずしも真ならず。」とする上告人の主張に対し、「本件家屋の破壊行為が、国の私人と同様の関係に立つ経済的活動の性質を帯びるものでないことは言うまでもない。而して公権力の行使に関しては当然には民法の適用のないこと原判決の説明するとおりであつて、旧憲法下においては、一般的に国の賠償責任を認めた法律もなかつたのであるから、本件破壊行為について国が賠償責任を負う理由はない。」、さらに「論旨は、国家賠償法附則の「この法律施行前の行為に基づく損害については、なお従前の例による。」との規定について、従前といえども公務員の不法行為に対し、国が賠償責任を負うべきものであつて、新憲法はこれを法文化したに過ぎないと主張するのであるが、国家賠償法施行以前においては、一般的に国に賠償責任を認める法令上の根拠のなかつたことは前述のとおりであつて、大審院も公務員の違法な公権力の行使に関して、常に国に賠償責任のないことを判

示して来たのである。(当時仮りに論旨のような学説があつたとしても、現実にはそのような学説は行われなかつたのである。) 本件家屋の破壊は日本国憲法施行以前に行われたものであつて、国家賠償法の適用される理由もなく、原判決が同法附則によつて従前の例により国に賠償責任なしとして、上告人の請求を容れなかつたのは至当であつて、論旨に理由はない。」と判示しているところである。

この最高裁昭和25年判決が示した見解は、その後も一貫している(東京地方裁判所昭和59年10月30日判決・判例時報1137号29ページ、東京高等裁判所昭和63年3月24日判決・判例時報1268号15ページ、東京地方裁判所平成8年11月22日判決・訟務月報44巻4号507ページ、東京高等裁判所平成12年12月6日判決・判例時報1744号49ページ、東京高等裁判所平成13年2月8日判決(乙第52号証)、同事件の上告審決定である最高裁判所平成13年10月16日決定(上告棄却及び上告不受理決定)、前掲東京高等裁判所平成14年3月28日判決。

したがって、一審原告らの主張は失当である。

3 本件運送行為が非権力的作用であるとの一審原告らの主張について

(1) 一審原告らの主張

一審原告らは、仮に、明治憲法下で国家無答責の法理が採用されていたとしても、浮島丸による本件運送行為は、非権力的作用であるから、国家無答責の法理は適用されないと主張する(一審原告ら準備書面(5)5ないし7ページ)。

しかし、一審原告らの主張は、以下に述べるように失当である。

(2) 一審被告の反論

ア 前記のとおり、「権力的作用」とは、国の統治権に基づく優越的な意思の発動としての強制的・命令的作用を指し、「非権力的作用」とはそのよ

うな優越的な意思の発動としての強制的・命令的な作用以外の公行政作用及び私人と同様の立場においてなされる経済的作用を指す。

これについて本件を見ると、前記のとおり、南樺太及び千島列島に対するソ連軍の侵攻があり、また我が国の引揚船に対するソ連軍の攻撃のため、多くの民間人が犠牲となり、日本本土である北海道への軍事的脅威が迫っている状況の下において、その最前線に位置する大湊警備府の管内で、朝鮮人暴動の可能性を押さえるという治安維持の目的で、大湊警備府の軍令機関が決定した軍令に基づく作戦行動としてなされたものであることは明らかである。

したがって、かかる運送行為を非権力的作用とみる一審原告らの主張は失当である。

イ 仮に、一審原告らが主張するように、本件運送行為を非権力的作用とみることができ、民法715条及び709条の適用を考えるとしても、一審被告準備書面(1)29ページで指摘したとおり、本件は既に民法724条後段に規定する20年の除斥期間を経過した後の提訴であることは明らかであり、損害賠償請求権は消滅している。

なお、一審原告らは、民法724条後段の除斥期間の適用制限を認めた東京地方裁判所平成13年7月12日判決（判例タイムズ1067号119ページ。以下「東京地裁平成13年判決」という。）を引用するところから（一審原告ら準備書面(5)11、12ページ）、本件についても、民法724条後段の適用制限をすべきであると主張するものようである。

しかし、以下のとおり、東京地裁平成13年判決は、最高裁判所平成10年6月12日第二小法廷判決（民集52巻4号1087ページ、以下「最高裁平成10年判決」という。）に明らかに違背するものであり、東京地裁平成13年判決を根拠とする一審原告らのこの主張も失当である。

(7) 最高裁平成10年判決は、予防接種禍訴訟について、不法行為の被

害者が不法行為の時から20年を経過する前6箇月内において同不法行為を原因として心神喪失の常況にあるのに法定代理人を有しなかった場合において、その後当該被害者が禁治産宣告を受け、後見人に就職した者がその時から6箇月内に損害賠償請求権を行使したなど特段の事情があるときは、民法158条の法意に照らし、同法724条後段の効果は生じないと判示した。そして、その理由としては、心神喪失の常況が当該不法行為に起因する場合であっても、被害者は、およそ権利行使が不可能であるのに、単に20年が経過したということのみをもって一切の権利行使が許されないこととなる反面、心神喪失の原因を与えた加害者は、20年の経過によって損害賠償義務を免れる結果となり、著しく正義・公平の理念に反するものといわざるを得ないことを挙げている。

これに対して、東京地裁平成13年判決は、第二次世界大戦中に中国国内から日本国内に強制連行され、北海道内の事業場で強制労働に従事させられ、この強制労働から逃れるべく終戦直前に事業場から逃走し、その後約13年間にわたり北海道の山中で生活していたとする中国人Xの相続人が除斥期間である20年を経過した後、日本国(Y)を被告として提訴した損害賠償請求事件につき、除斥期間の適用に関し、「除斥期間制度の適用の結果が、著しく正義、公平の理念に反し、その適用を制限することが条理にもかなうと認められる場合には、除斥期間の適用を制限することができると解すべきである。」という一般的基準を定立した上で、「Yに対し、国家制度としての除斥期間の制度を適用して、その責任を免れさせることは、Xの被った被害の重大さを考慮すると、正義公平の理念に著しく反していると言わざるを得ないし、また、このような重大な被害を被ったXに対し、国家として損害の賠償に応ずることは、条理にもかなうというべきである。よって、本件損害賠償請求権の行使に対する民法724条後段の除斥期間の適用はこれを制限するの

が相当である。」と判示した。

- (イ) 両者を対比すると、東京地裁平成13年判決は、最高裁平成10年判決が「著しく正義・公平の理念に反する」場合には、除斥期間の制度を適用すべきではないとの一般法理を示したものと理解のもとに、これをそのまま当該事案に当てはめ、著しく正義・公平の理念に反するものとして、除斥期間の適用を排除したものと考えられる。

しかしながら、そのような理解は最高裁平成10年判決を正解するものではなく、むしろ同判決の趣旨・射程距離を著しく逸脱するものである。

すなわち、第1に、最高裁平成10年判決は、「心神喪失の常況が当該不法行為に起因する場合であっても、被害者は、およそ権利行使が不可能であるのに、単に20年が経過したということのみをもって一切の権利行使が許されないこととなる反面、心神喪失の原因を与えた加害者は、20年の経過によって損害賠償義務を免れる結果とな」ることは、著しく正義・公平の理念に反するとしているが、それは、あくまで民法158条の法意を除斥期間制度にも持ち込むための理由にすぎず、一般的に著しく正義・公平の理念に反する場合には除斥期間の適用を排除できるとしたものでないことは明らかである。

そのことは、最高裁調査官の判例解説でも、「本判決の射程は、極めて狭いものと思われる。民法724条後段の適用の効果を否定する場合としては、除斥期間内に権利を行使しなかったことを是認することが本件の事案と同程度に著しく正義・公平に反する事情がある上、時効の停止等その根拠となるものがあることが必要であろう。河合裁判官の意見のように、除斥期間説に立ちながら、幅広く例外を認めることは、平成元年判決に抵触することになり、大法廷における判例変更が必要となるであろう。」(春日通良・最高裁判所判例解説民事篇平成10年度(下))

576, 577ページ) と述べられているとおりである。

したがって、最高裁平成10年判決が、一般的に、除斥期間の適用が「著しく正義・公平の理念に反する」場合には、その適用を排除できるとしたものと考えすることは、明らかに判例の射程を誤ったものといわなければならない。

第2に、最高裁平成10年判決の事例では、心神喪失の常況が当該不法行為に起因するほかは、直接国側の行為が問題にされているわけではなく、むしろ、当該不法行為に起因する心神喪失の常況によって、20年以内に損害賠償請求が提起することができない事態がもたらされたことを「著しく正義・公平の理念に反する」としたものである。これに対して、東京地裁平成13年判決では、日本国の公務員がXに対して行った一連の行為を根拠に、このような場合に除斥期間を適用することは「著しく正義・公平の理念に反する」としているが、少なくとも公務員の行為によってXによる損害賠償請求の提起を困難ならしめた事情は一切認定されていない。そして、同判決が掲げるような事情は、同判決自身もそれによって、除斥期間の適用を排除することは許されないとした信義則違反、権利濫用の事情とされてきたものである。そうすると、同判決が掲げる事情によって、「著しく正義・公平の理念に反する」とすることは、明らかに最高裁平成10年判決に反するものといわなければならない。

また、東京地裁平成13年判決は、実質的には、被害の甚大さなどを理由として除斥期間の延長を認めたものに他ならないが、最高裁平成10年判決は、このような被害の甚大さを理由として除斥期間の延長を容認するものではない。

これらの点について、東京高裁平成12年12月6日判決・判例時報1744号48ページも、「右判決(引用者注・最高裁平成10年判決)

は、『不法行為の被害者が不法行為の時から20年を経過する前6箇月内において右不法行為を原因として心神喪失の常況にあるのに法定代理人を有しなかった場合』というきわめて限定された事実関係の下で、民法158条の規定の適用が時効の場合について可能であるのに除斥期間については不可能となることによる不均衡等をも考慮の上、文言どおりの法規の適用が法全体を支配する正義・公平の理念に著しく反するものと判断し、民法158条の定める期間の範囲内で権利行使をすることを許容したものであり、被害が甚大であること、あるいは権利行使が困難であることを理由として除斥期間の延長を容認するものではなく、そのようなことは除斥期間を定めた民法の趣旨に反するというべきである。』と正当に判示している。

また、加害の悪質性や被害の重大性等を理由として、除斥期間の適用を制限すべきであるとの見解に対して、広島地方裁判所平成14年7月9日判決（乙第54号証）は、「加害の悪質性や被害の重大性等の点については、除斥期間制度を設けるに当たって当然に話題に上るべき事柄でありながら、この点に関わらしめる規定を民法自体が一切設けなかった（非人間的行為の最たる殺人についてすら全く触れていない）ことや、民法724条後段の趣旨からして、除斥期間の適用に関して考慮の対象外と解するのが相当であり、これらの事柄を根拠に除斥期間を適用の当否を論じることは、事実上被害者側の心情に流された恣意的な運用を招く弊害も懸念され、妥当とはいえない。」（同判決文208ページ）と指摘しているが、極めて妥当な指摘である。

なお、東京地裁平成13年判決は、「本件における除斥期間の制度の適用が、いったん発生したと訴訟上認定できる権利の消滅という効果に直接結びつくものであり、しかも消滅の対象とされるのが国家賠償法上の請求権であって、その効果を受けるのが除斥期間の制度創設の主体で

ある国であるという点も考慮すると、その適用に当たっては、国家賠償法及び民法を貫く法の大原則である正義、公平の理念を念頭に置いた検討をする必要があるというべきである。」とし、被告が国である場合には、国家制度としての除斥期間の制度の適用が他の当事者とは異なるかのように述べるが、三権分立の下、法律は国民の代表者で構成される国会において制定されるのであって、行政権の行使に対しても、法律がその規定どおり等しく適用されるのは当然のことであり、何故にその適用が正義公平の理念に著しく反するかは明らかでない。

第3 消滅時効に関する一審原告らの主張（一審原告ら準備書面(6)）について

1 時効の起算点について

(1) 一審原告らの主張

一審原告らは、一審被告の消滅時効の起算点についての反論（平成14年7月25日付け準備書面(2)（以下「一審被告準備書面(2)」という。）3ないし15ページ）に対し、要旨以下のとおり主張する。

ア 民法166条1項の解釈について

① 民法166条1項にいう「権利ヲ行使スルコトヲ得ル」とは、権利の性質上権利行使が現実に期待できない場合のみならず、一般人を基準として、当該事情のもとで一般人ならば権利の存在あるいは権利行使の可能性を認識できないときについても、消滅時効は進行しないものと解釈すべきである（一審原告ら準備書面(5)6, 7ページ）。

② 最高裁和45年7月15日大法院判決（民集24巻7号771ページ、以下「最高裁昭和45年判決」という。）、同昭和49年12月20日第二小法院判決（民集28巻10号2072ページ）及び同平成8年3月5日第三小法院判決（民集50巻3号383ページ、以下「最高裁平成8年判決」という。）は、当該事案において、「権利の性質上」権利

行使が現実に期待できない場合について消滅時効は進行しないと判断しているが、その他どのような事情があるときに消滅時効が進行しないのかについては、何らの判断も行っていないから、上記①の解釈を採る余地がある（同準備書面7ページ）。

イ 本件の損害賠償請求権の消滅時効の起算点について

本件については、一般人を基準として、当該事情の下で一般人ならば権利の存在あるいは権利行使の可能性を認識できた（同準備書面7ないし9ページ）のは、安全配慮義務法理が確立した時期や一審原告らの本国での生活状況、日韓協定の解釈を考えると、早くても日本政府が日韓協定の請求権に関する公式見解を発表した時（平成3年8月27日）である旨主張する（一審原告ら準備書面(2)4ないし6ページ）。

(2) 一審被告の反論

ア 民法166条1項の解釈について

(7) 民法166条1項の「権利ヲ行使スルコトヲ得ル」に関する最高裁の判例は、一審被告準備書面(2)3ないし7ページで詳述したとおり、単にその権利の行使につき期限未到来など法律上の障害がないというだけでなく、さらに権利の性質上その権利行使が現実に期待のできるものであることが必要であり、その判断は、当該権利自体を客観的に検討することによって判断されるものである。

(イ) 一審原告らは、権利の性質上権利行使が現実に期待できるか否かを、当該事情のもとでの一般人の判断を基準とすべきであり、前記最高裁の判例はかかる解釈を排除していない旨主張する。

しかしながら、最高裁は、かかる具体的事情のもとにおける一般人の判断を基準としているわけではなく、そのような事情を捨象した上での権利自体に内在する客観的性質によって判断しているのであって、一審原告らの主張は失当である。

すなわち、最高裁昭和45年判決は、弁済供託の場合、供託制度の趣旨から定型的に考えられる事情として、供託者が免責効を受ける必要の基礎となった紛争等の帰趨が不確定という事情があることを踏まえ、このような定型的な供託の基礎事情について紛争の解決などによりその不存在が確定するなど、「供託者が免責の効果を受ける必要が消滅したとき」から供託物払渡請求権の消滅時効が進行すると述べており、決して、当該事件の個別具体的な事情について「一般人が」権利を行使し得うる現実的可能性があるかという判断を行っているわけではない。最高裁平成6年判決の調査官解説（倉吉敬・最高裁判所判例解説民事篇平成6年度237ページ）が、最高裁昭和45年判決について、「これは供託金取戻請求権に特有の障害であるので、この判例の射程距離には限界があり、その趣旨を安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権に及ぼすことはできないものと解される。」としているのもかかる趣旨である。

また、最高裁判所平成13年11月27日第三小法廷判決（裁判所時報1304号10ページ）は、弁済供託の制度趣旨を一般的に述べて、その制度趣旨から、「供託の基礎となった債務につき免責の効果を受ける必要がある間は、供託者に供託物取戻請求権の行使を期待することはできず、供託物取戻請求権の消滅時効が供託の時から進行すると解することは、上記供託制度の趣旨に反する結果となる」とし、あくまでも供託制度の特有の事情として、一般に権利行使を現実的に期待できない場合を考慮して、「弁済供託における供託物の取戻請求権の消滅時効の起算点」を「供託者が免責の効果を受ける必要が消滅した時」と判示し、上記の判断枠組みを維持している。

さらに、最高裁平成8年判決は、自賠法72条の制度趣旨からして、同請求権に定型的に見られる事情として、交通事故の加害者について自賠法3条の請求権の存否に紛争が存在する場合があります、同請求権が同法

3条の請求権が認められない場合に最小限度の救済を与える補充的権利で、かつ同条の請求権と両立し得ないという「性質」からすると、「同法3条の請求権の不存在が確定」したときから進行すると述べているのであり、この事例においても当該事件の個別具体的な事情について「一般人が」権利を行使し得る現実的可能性があるかという判断を行っているのではない。

結局、これらの事例が考慮しているのは、いずれも、それぞれの請求権特有の請求権自体に内在する事情であり、当該当事者間の個別具体的な外的事情を判断の基礎事情として取り込み権利行使可能性を論じているものではないのである。

- (ウ) 一番原告らが自らの主張の根拠とするものと思われる証人松本克美の見解についてみると、同人は、「およそその事情にあったならば通常人の」権利行使が可能か否かという基準によるとしながら、結局は、当該権利者が外国で違法逮捕されたり、出国が禁止されるなどの権利に内在しないいわば個別具体的な外的事情を判断事情として権利行使の可能性を考えるというのである（甲C第16号証2及び3ページ）。

この立場は、要するに、当該事件の個別具体的な事情を「一般人」からみて権利行使の具体的可能性があるかどうかを考慮するという立場（甲C第15号証49ページ）であって、当該請求権のみを措定しても一向に時効の起算点は明らかにならず、それ以上に当該事案の個別具体的な事情を考慮した上でこれを一般人の立場から検討しようとする立場（同号証56ページ、甲C第16号証3及び4ページ）であり、上記(イ)記載の各最高裁判例とは明らかに相容れない。

さらに、同人によれば、当該権利者が病気になるなどの個別的な事情は主観的な事情にすぎず、客観的一律的たるべき時効の起算点の考え方は相容れないとして考慮しないのが妥当であるとしているが（同号証

5 ページ)、上記の違法逮捕のケースとどのように異なるのか、その区別は相対的で判然としないため、結局は、裁判規範としてはあいまいにすぎ、機能し得ないものといわざるを得ない。

イ 本件の損害賠償請求権の消滅時効の起算点について

(ア) 以上述べたように、一番原告らの主張は失当であり、本件における損害賠償請求権の消滅時効は、私法上の旅客運送契約類似の法律関係による履行を請求し得る時からその進行を開始するというべきである。

(イ) 一番原告らは、前記のとおり、消滅時効の起算点を当該事情のもとでの一般人の権利行使可能な時点とすべきであるとし、本件では、早くても日本政府が日韓協定の請求権に関する公式見解を発表した時（平成3年8月27日）である旨主張する（一番原告ら準備書面(2)4ないし6ページ）。

この主張は、平成3年（1991年）8月27日以前は、通常の韓国人であれば、権利行使が不可能であったとの主張を前提とするものであるが、池明観ほか編「日韓の相互理解と戦後補償」147ページ（乙第55号証）によれば、平成3年8月27日以前に、韓国人の日本国を被告とする戦後補償訴訟が東京地方裁判所等に4件提起がされているのであるから、平成3年8月27日以前に通常の韓国人が訴訟を提起することができなかったとする一番原告らの主張は、事実にも反する。

(ウ) また、一番原告らは、原告らは、日韓請求権協定に関する平成3年の政府見解変更時が消滅時効の起算点であり、請求権協定に関する一番被告の主張は全て誤りであると主張する（一番原告ら準備書面(6)8ページ）。

しかしながら、一番被告準備書面(2)12ないし14ページで述べたように、日本国政府の日韓協定に関する見解が平成3年8月になって変更されたわけではなく、従来から一貫している。

そもそも、消滅時効の起算点を法令に関する政府見解の表明時とする
ことは前記最高裁判決の枠組みを逸脱することとなる。

この点に関し、富山地方裁判所平成8年7月24日判決（判例タイムズ941号183ページ）は、第二次世界大戦中、女子勤労挺身隊員として稼働した元朝鮮半島出身者が稼働先の企業に対して支払を求めた未払賃金債権の消滅時効の起算点につき、一審原告らの主張と同様に、平成3年8月27日の柳井俊二条約局長の第121回国会の参議院予算委員会における答弁時と認定したが、控訴審である名古屋高等裁判所金沢支部平成10年12月21日判決（判例タイムズ1046号161ページ）は、「時の政府の法の見解の如何によって時効の起算日が異なるような解釈は、消滅時効制度の趣旨が権利の上に眠る者を保護しないことのみにあるのではなく、当該法律関係の早期確定の要請並びに一定の年月の経過によって証拠資料が散逸し、客観的事実関係の確定が困難になることを配慮したものであることに照らすと、法的安定性の面からも相当でな」いなどと判示して、上記富山地方裁判所の認定を排斥した。

なお、同事件で問題となっている元朝鮮半島出身者の民間企業で稼働したことによる賃金債権は、日韓協定2条にいう「財産、権利及び利益」に該当するから、措置法1項により、昭和40年6月22日に実体的にも消滅した債権であって、消滅時効を論じる意味はない。

2 時効援用権の濫用について

一審原告らは、同準備書面(6)9ないし12ページにおいて、一審被告の消滅時効の援用が権利の濫用である旨を主張するが、その内容は、一審原告ら準備書面(2)6ないし11ページ記載の主張の繰り返しにすぎない。

一審原告らの主張が失当であることは、一審被告準備書面(2)15ないし18ページで詳述したとおりであり、これ以上の反論の要を認めない。

第4 立法不作為に関する一審原告らの主張（一審原告ら準備書面(7)）について

1 一審原告らの主張

一審原告らは、予備的請求として、立法不作為による国家賠償を請求し、その主張として、最高裁判所昭和60年11月21日第一小法廷判決（民集39巻7号1512ページ。以下「最高裁昭和60年判決」という。）は、論理的にも、実質的にも誤っているとした上、山口地方裁判所下関支部平成10年4月27日判決（判例時報1042号20ページ）及び熊本地方裁判所平成13年5月11日判決（判例時報1748号30ページ）を引用し、最高裁昭和60年判決の判断を変更するよう主張する（一審原告ら準備書面(7)2ないし12ページ）。

2 一審被告の反論

最高裁昭和60年判決の理解については、既に第1審において提出されている被告第15準備書面22ページ以下に述べたとおりであって、これを論理的にも実質的にも誤っているとする一審原告らの主張は独自の見解にすぎない。

なお、同判決の示した国会議員の立法行為と国家賠償法1条1項の違法に関する判断基準は、その後の判例もこれを踏襲しており（一般民間人戦災者を対象とする援護立法をしないことに関する最高裁昭和62年6月26日第二小法廷判決・裁判集民事151号147ページ、判例時報1262号100ページ、生糸の一元輸入措置及び生糸価格安定制度を内容とする繭糸価格安定法改正に関する最高裁平成2年2月6日第二小法廷判決・訟務月報36巻12号2242ページのほか、一審原告らが引用する山口地方裁判所下関支部平成10年4月27日判決を取り消した広島高等裁判所平成13年3月29日判決・判例時報1759号42ページ）、立法行為についての国家賠償法の違法性判断基準に関する判例の枠組みは確立したものといえる。

なお、一審原告らが引用するいわゆる熊本ハンセン病判決・上記熊本地方裁判所平成13年5月11日判決は、以上の枠組みを超え、立法不作為の違法を

認めた。同判決は確定したが、被告としては、政府声明（平成13年5月25日閣議決定・乙第63号証）によって明らかにしたとおり、同判決の判示を受け入れたものではない。

第5 結語

以上に述べたとおり、一審原告らの主張は失当である。一審原告らの請求を一部認容した判決を取り消して、その請求を全部棄却すべきである。